# POR LA MESA ARZOBISPAL DESTA CIVDAD

# CON ALONSO GARCIA.

1 EN El hecho se supone, que el molino que llaman del Arçobispo, en propriedad pertenece a el Cabildo de la Santa Yglesia desta Ciudad, y a la dignidad Arçobispal della por mitad; pero la administracion toca priuatiuamente in solidum al Cabildo, que es quien lo arrienda, assi consta por la escritura, que està por cabeça deste pleyto, y es hecho constante en el, en que van llanas las partes.

2 Tambien se supone, que el Cabildo arrendò este molino a Pedro Bazquez Rubio por su vida, y la de Sebastian Rubio su hermano, en cinco de Mayo de 1637. por precio de 609U. marauedis en cada vn año, y con cada 500. vn par de gallinas, de que se otorgò escritura de arrendamiento en el mesmo dia; y en 5. de Febrero del año siguiente de 1638. hizo dexacion del en el Cabildo; y en el mesmo dia se le dio librança de 93U500. marauedis por la mitad de 187U. que el Cabildo le mandó pagar por tanto, que lo montaron cinco piedras a 800. reales cada vna, que auia puesto en el molino, y otros instrumentos, y mejoras que auia hecho en el, pagando la renta hasta el dia de la dexacion al respeto de la escritura. Y en 6. del mesmo mes se bolvió a arrendar de nueuo a Don Geronimo de Prado, Racionero de la dicha Sãta Yglesia, por otras dos vidas corriẽtes, y por precio de 526U200. marauedis, y con cada 500. vn par de gallinas. Y en 13. de Setiẽbre de 1640. hizo tambien dexacion el dicho Don Geronimo del molino, y se le aceptò; y en 24. del mesmo mes, y año se bolvio a arrendar por el mesmo precio, y por el mesmo tiẽpo de dos vidas corrientes a Alõso Garcia. Y en 23. de Nouiembre del mismo año de 40. auiẽdose ajus

ado la quenta del arrendamiento con el dicho Don Geronimo, en el libro de caxa del Cabildo quedò deudor de 458U858. marauedis de resto de 637U858. marauedis, que restaua deuiẽdo de la parte que tocó al Cabildo del arrendamiento del dicho molino, baxados 500. ducados, que se le mandaron baxar por las mejoras que auia hecho en el, como todo consta de vna certificacion de Martin Suarez, Contador de la S. Yglesia, presentada por parte de Alonso Garcia a fojas 185.

Tambien se supone, que en dos de Março de 1640. la parte de la Mesa pidio mandamiento de execucion contra los bienes de Doña Maria de los Reyes y Vega, fiadora del dicho Don Geronimo, por 292U972. marauedis, y 2U001. gallina en pluma, que dixo restaua deuiendo del precio del arrendamiento del molino, hasta fin de Diziembre de 1639. Y ella se opuso a la execucion, y alegó esterilidad, y hizo probança, y presentò testigos, y entre ellos en 28. de Iulio de 1640. a Alonso Garcia, que su dicho es del tenor siguiente.

4 *A la segunda pregunta dixo, que sabe este testigo, que del dicho tiempo de 30. años a esta parte, que ha que este testigo tiene noticia del dicho molino del Arçobispo, los frutos, y aprouechamientos del dicho molino estãdo en poder de otros arrendadores hasta el año passado de 1637. han sido bastantes, no solamente para pagar, y satisfazer la renta del, y sus costas, y gastos, sino que dexaua muchos aprouechamientos a sus arrendadores; y assi era publico, y notorio entre todos ellos, porque tenia, y tuuo agua suficiente para moler las seis piedras que ha tenido, y tiene, y molian la mayor parte del año, y lo restante dos, o tres de las dichas piedras. Sabelo este testigo por auerlo visto ser, y passar assi, y ser publico, y notorio, como persona que acudio muy de ordinario al dicho molino; y que por el dicho tiempo este testigo tenia molinos en diferentes partes, y vno dellos en la dicha ribera: y esto responde.*

5 A la tercera pregũta dixo, que los años de 38. y 39. auia auido muy grande falta de agua de invierno, y verano; por lo qual assi el dicho molino, como los demas circunvezinos no auian podido moler, sino vna piedra con represſa.

6 Y a la quinta pregunta dixo lo siguiente, *De la quinta pregunta dixo, que sabe este testigo, que la esterilidad, y falta de agua que à auido en los dichos dos años de 638. y 639. hasta el dia de oy ha sido falta de agua general en todos los molinos, assi de la dicha ribera, que muelen con el agua del rio de Guadayra, como de otras partes, cosa que de tiempo inmemorial a esta parte no se ha visto, ni imaginado. Sabelo por auerlo visto, pero no sabe si por la dicha razon algun molinero ha pedido desquento alguno de la renta del dicho molino.*

*A la*

7 *A la sexta pregunta dixo, que sabe este testigo, que respeto de que por razon del arrendamiento del dicho molino del Arçobispo, sobre que se litiga conforme a la escritura del arrendamiento, se paga en cada vn año mas de dos mil ducados en marauedis, y gallinas, era, y es necessario, que los años fueran abundantes de agua, de suerte que pudieran moler todas las seis piedras que ha tenido, y tiene el dicho molino continuamente, o la mayor parte del año.*

8 Y a vna de las preguntas añadidas, dixo, que sabia que lo que auia molido el dicho molino en los dichos años era a precio de seis reales cada costal de a dos fanegas, y por los veranos de nueue a diez reales.

9 Sin embargo desta excepcion, y probança se sentenciò la causa de remate con que demas de la fiança de la ley de Toledo se diesse por parte de la Mesa otra de estar a derecho en razon de la esterilidad.

10 Despues en 19. de Abril de 41. que ya el molino estaua arrendado a Alonso Garcia, se pidio por parte de la Mesa execucion contra la dicha doña Maria de los Reyes y Vega por contia de 181U939. marauedis, y por 709. gallinas, que jurò que se le deuian hasta 13. de Setiẽbre de 1640. Y ella, y el dicho Don Geronimo, principal obligado, opusieron contra la execucion la misma excepcion de esterilidad, y la lesion, y engaño enormissimo; y hizierõ probança, en la qual dixo tambien Alonso Garcia, examinado en 10. de Iunio de 1641. en que en la segunda pregunta se ratifica en el dicho, que queda referido, que para este efeto se le leyò. Y despues en la tercera añade, que en el arrendamiento huuo engaño, y lesion enormissima, porque al tiempo del no valia mas de doze a doze mil y quinientos reales en cada vn año; y q̃ por esta razon el sigue pleyto de engaño con la Mesa; y este pleyto se q̃dò en este estado, como todo cõsta por el testimonio de los dichos pleytos, que està presentado en este desde folio 153.

11 Tambien se supone, que en la escritura del arrendamiento de Alonso Garcia a folio 6. buelta, auiendo renunciado la lesion, y engaño, aunque se diga, que es enormissimo con palabras muy exuberantes añade, ibi: *Ni menos puedan ser oydos, ni admitidos en el dicho engaño en la via executiua, y si lo alegaren por excepcion, o en otra manera alguna, en qualquiera execucion que se le haga, en virtud deste contrato no se le admita la tal excepcion, porque el remedio, y recurso, y derecho de poder alegar el dicho engaño en la dicha via executiua, quier se permita en derecho, o costumbre, o en otra manera lo renuncian, cedẽ, y traspassen en los dichos señores Dean y Cabildo, para que en la dicha via executiua no lo puedan alegar; y quando en la via ordinaria intentaren la accion del engaño, no se kã*

*de poder valer, ni aprouechar de las deposiciones de los testigos que huuieren presentado en la via executiua, &c.* Y en la clausula siguiente prosigue, diziendo, que si se intentare por via ordinaria, aya de ser ante su juez de la Santa Yglesia, sin que se retarde la paga.

12 En virtud desta escritura en dos de Mayo de 1641. la parte de la Mesa pidio mandamiẽto de execuciõ contra Alõso Garcia por 245U451. marauedis, y 285. gallinas, que deuia de lo que le tocaua de la rẽta del molino desde el dia del arrendamiento, hasta fin de Abril del dicho año, y sin que se huuiesse vsado del en 14. del mesmo mes, Alõso Garcia salio al pleyto, renunciando los terminos de los pregones, y se opuso a la execucion, diziendo, que en el arrendamiẽto intervino engaño, y lesion enormissima, porque no valia el molino de renta de por vida mas que de 30. hasta 33. reales, y lo auia arrẽdado a precio de marauedis, y gallinas, que salia cada dia a razon de 68. reales. Pidio q̃ se diesse por nula la execucion, y el contrato del arrendamiento, o se recindiesse. Y por vn otro si dixo, que por quanto el molino se lo auia arrendado el Cabildo de la santa Yglesia, que es el principalmente interessado se le notificasse el estado del pleyto, y se citasse para la probança q̃ se auia de hazer en los diez dias.

13 Diose traslado de la oposicion a la parte de la Mesa, y del otro si al Cabildo, y encargaronsele los diez dias de la ley al executado a folio 21. notificose a Francisco Vidon, Procurador mayor del Cabildo, y en 18. de Mayo Baltasar de Ribera en su nombre a folio 28. dixo, que la notificacion no se le pudo hazer a el, ni al Cabildo, porque no son parte, ni el Cabildo ha executado, ni el juez lo era competente para citarle no auiendo venido a litigar voluntariamente, y concluyó, pidiendo, que se diesse por nula la notificacion, y de lo contrario, y del auto en q̃ se mandó hazer apeló en forma. La parte de la Mesa en 17. del mesmo mes a folio 25. dixo, que no tenia obligacion de respõder a la oposicion, y se auia de declarar assi, mandando que no se le recibiesse a la parte contraria probança ninguna, diziendo el Procurador, que aunq̃ el en nombre de su parte auia pedido, y sacado mandamiento de execucion, auiendoselo dado, no quiso vsar del, porque no le tocaua la cobrança desta partida, y de qualquiera manera supuesto, que el juyzio no estaua empeçado por su parte, ni executado el mandamiento, en caso necessario se desistia del. Auiendose dado traslado de lo vno, y de lo otro a Alõso Garcia, y satisfecho a ello. Salio auto en 24. de Mayo a folio 31. B en que en quanto a la parte de la Mesa mandò, q̃ Alõso Garcia prosiga con su probança, y q̃ para este efeto corra el termino

que

que falta por correr de los diez dias de la ley: y en quanto a lo demas alegado por parte del Cabildo lo reservò para la difinitiua. Este auto se confirmò a la letra en esta Real Audiencia, sin embargo de la apelacion interpuesta por la Mesa, porque el Cabildo no ha actuado, ni presentado mas peticion en este pleyto; sin embargo de que se le han ydo notificando todos los auto del. Pidio la parte de la Mesa prorrogacion de los diez dias, y se le concedieron todos los 80. de la ley; y hechas por ambas partes probanças, se presentaron algunos recaudos, y en la peticion de bien probado, presentada por parte de la Mesa en 21. de Nouiembre de 1641. a folio 150. se dixo, que la excepcion de lesion no se podia oponer en este juyzio executiuo, assi por las disposiciones de derecho, como por la expressa conuencion de las partes, y que no estaua probada, haziendo de ambas probranças las ponderaciones, q̃ adelante se fundaràn. Y concluso el pleyto fue recusado el Licẽciado Pedro de Soria, Teniente de Assistente desta Ciudad, juez originario desta causa, que se acompañò con el Licenciado Don Diego de Cuellar. Y visto el pleyto, el Teniente mandò hazer remate por los mrs de la execucion, con q̃ demas de la fiança de la ley de Toledo, diesse la parte de la Mesa otra de estar a derecho ante el mesmo sobre la excepciõ del engaño, sobre q̃ le reseruò el derecho, para q̃ lo siga ante quiẽ le conuenga. Y el acompañado hizo remate cõ que se entienda por lo q̃ pareciesse deuer Alõso Garcia a razõ de quatrocientas mil marauedis en cada vn año sin gallinas, a que reduxo el arrendamiento; y que si la parte executante quisiesse tomar en si el molino por lo que le toca, lo pueda hazer, o yr cobrando la renta del a razon de las dichas quatrocientas mil marauedis, estàn ambas sentencias a folio 188. y 189.

14 Apelose dellas por ambas partes, la de la Mesa apelò en todo de la del acompañado, y de la del Teniẽte, en quãto le mandò dar fiança de estar a derecho: y la parte de Alonso Garcia apelò de la sentencia del Teniente, y de los mesmos autos se vido el pleyto, y huuo sentencia de esta Real Audiencia, en que se confirmò la del Teniẽte, en quanto mãdò hazer remate, y en quanto a la fiança se reuocò juntamente con la del acompañado, a folio 202.

15 Alonso Garcia suplicò, y auiendo pagado pidio ser recebido de nueuo a prueua sobre la lesion; contradixo la Mesa la prueua, porque la excepciõ de engaño no es deste juyzio executiuo, y probada no le pudiera releuar en el. Y aunque se oponia por Alonso Garcia, que la parte de la Mesa auia consentido, que se admitiesse esta excepcion, y la auia contestado, se replicò a folio 209. que el Procurador no tenia

facultad para renunciar esta excepcion: y a mayor abundamiento cõtra qualquiera omission suya pidio restitucion en forma, y folio 110. huvo auto en que se denegò la prueua, suplicose del, y en reuista se reuocó, y se recibio el pleyto a prueua, fol. 214. y Alonso Garcia hizo nueuas probanças, y la Mesa presentó vn testimonio de las que se auiã hecho en el pleyto de Don Geronimo, que queda referido, con que està el pleyto concluso.

His in facto suppositis, la justicia de la Mesa se reduze a excluyr la excepcion de lesion, y engaño, opuesta por Alõso Garcia; para lo qual diuidiremos este papel en dos articulos. En el primero fundaremos, que no se deuio, ni deue admitir en este juyzio executiuo. Y en el segũdo, que quando pudiera no està probada, antes la Mesa tiene probado, que no la huuo.

## ARTICVLO I.

*Que la excepcion de lesion no se pudo, ni puede admitir en este juyzio.*

61 MVy controversa es entre los Doctores la questiõ si en terminos de derecho comun, y del Reyno, & secluso pacto, & conuentione partium, se ha de admitir en la via executiua la excepcion de engaño, y lesion, en que ay dos comunes opiniones encontradas, pero no me embaraçarè en examinar los fundamẽtos, y padrinos de cada vna, porque reconozco, que en todos los Tribunales ha sido recebida la cõcordia de *Ceuallos en sus communes, q. 763. desde en num.* 55. donde auiẽdo referido vna, y otra opinion, resuelve con Parladorio contra Azeuedo, y Diego Perez, que no se deue admitir esta excepciõ en la via executiua, quando de ambas partes ay probanças del verdadero valor, q̃ entonces se ha de reservar para el juyzio ordinario, y que siẽpre lo juzgò, y aconsejò assi, y refiere vna decission de la Chancilleria de Valladolid. Y añade en nu. 59. *Si vero opposita, & probata fuerit exceptio læsionis, & ex parte actoris nihil fuerit probatum, tunc in arbitrio iudicis erit visis, & consideratis probationibus, & dictis testium, admittire prædictã exceptionẽ, vel ferre sententiã de remate alternatiuè; vt tradit Azeuedo, &c.* lo mesmo q̃ Zauallos, resolvió *Hermosilla en el to. 2. de las notas a las glossas de Gregorio Lopez en la gloss. 4. l. 56. tit. 5. p. 5. num.* 161. donde jũtó todos los Doctores por vna, y otra parte, y vltimamẽte en el versic. final resuelve la question con la distincion, y concordia de Ceuallos.

De

17 De manera, que la otra question que ... ticulo, num. 52. videlicet, si en ygualdad de probanças ha de ser preferida la del actor, que opone la lesion, o la del reo que la impugna, procede solo en el juyzio ordinario, y no en el executiuo, que en este conforme a derecho, y a la resoluciõ destos Doctores, no solo en ygualdad de probanças; pero aunque sean mucho mejores las del reo, que excipit de læsione, solo con que el actor executante, que la intenta excluyr, aya hecho algunas se ha de passar el remate, reseruandola para el juyzio ordinario: de manera, que solo se admite quando auiendo hecho el reo executado plenissima probança, el actor executante no hizo ninguna. 120

18 Esto que auemos dicho (y bastara para obtener en este juyzio, dõde no solo ha hecho la Mesa probança, pero como fundaremos en el segundo articulo, es superior a la de Alonso Garcia) precede en los terminos de derecho, y secluso pacto, que en los de nuestro pleyto no es la question disputable, ni ay Doctor de los que yo he visto, que reduzga a duda, ni question, si auiendo las partes con tanta deliberacion capitulado, que esta excepciõ no se aya de admitir en la via executiua, sino reseruarse para la ordinaria, se aya de obseruar el pacto, supuesto q̃ no puede auer duda, que es no solo licito; pero justificadissimo, y conueniente, pues auiendose hecho tan frequente en Seuilla, que despues de auer hecho vno muchas diligencias para arrendar vna casa, se entra en ella, y la labra a su modo, y en pidiendole la renta opone la lesion, y las mejoras, causãdo muchas molestias a los dueños de la propriedad para cobrarla: reconociendo el Cabildo, que demas desta generalidad Alonso Garcia era litigioso, y se auia valido desta mesma cautela en el arrendamiento de otro molino con el Cõuento de Santiago, quiso preuenir semejante riesgo, y malicia con la clausula, que està puesta a la letra suprà nu. 11. y siendo como es pacto justo, que ni cõtiene torpeza, ni es contra ninguna regla, ni disposiciõ de derecho, no puede auer duda que se deue obseruar. *l. 1. §. si conueniat, ff. depositi. l. iuris gentium, §. Prætor ait cum alis, ff. de pactis, l. pacta, quæ contra. C. de pactis.*

19 Otra clausula, o pacto mas riguroso es muy ordinario en el Reyno de Portugal, donde en todos los contratos se ponia por condicion, q̃ el reo no pueda ser oydo, ni se le admita excepcion ninguna contra la observancia del contrato, que consta por instrumento publico, hasta auer depositado el precio en poder del actor: y sin embargo de ser tan odioso, y que cierra del todo la puerta a la defensa de los reos, resuelvẽ todos los hõbres doctos de aquel Reyno, que es licito, y se deue observar


seruar

[illegible] *decis.55. Gama decis.*304.*Cabedo* 1.*p decis.*37.*nu.* 2.*Be-nedictus Egidius in l hoc iure, ff. de iust. & iure*, 2.*p.c.*13.*clausula* 1. *Velasco tom.*1.*consult.*85.*num.*7.*Reynoso obseruat.*45. que todos conuienen, que sin embargo de ser tan general, y tan rigurosa se deue obseruar; y Velasco añade, que es vtil a la Republica ad præcidendas lites; y porq̃ Cabedo se alargó a dezir (quamvis dubitans) que sin embargo desta clausula se podia admitir la excepciõ de vsura, o lesion enormissima, porque influyen nulidad en el contrato, y consequentemẽte en la clausula lo impugnan todos los demas, & præcipué *Reynoso nu.* 32. *versic. sed verius, Velasco dict. num.*7. *Egidius num.*3. Donde refiere otros muchos, y en el num. 25. limita la doctrina de Cabedo, diziendo, que las excepciones de nulidad se podran admitir contra esta clausula, si cõstaren del mesmo instrumento.

20 Pues si vna clausula absoluta, y general de deneganda audientia, es justa, y puesta con deliberacion, y convencion de las partes (que es solo lo que estos Doctores requieren) se deue obseruar en toda su generalidad, que duda puede tener, que la nuestra, q̃ es limitada solo a la excepcion de engaño, y puesta con tanta justificacion? y lo que mas es con tan precissa necessidad para escusar las calumnias de los arrendadores, es tambien licita, y se deue observar,

21 Opusose a la vista contra ella, que la lesion enormissima æquiparatur dolo, y este no se puede renunciar, con que se quiere dezir, que la renuncion contiene en si torpeza, y consequentemente, que esta clausula es nula; porque la renunciacion daria licencia, y ocasion para pecar por la conclusion de la *ley denunciari, ff. de pactis dotalibus.* A que se respõde lo primero, que este texto, y los demas concordantes hablan de el dolo ex proposito, que contiene animo deliberado de engañar, y no se puede aplicar al engaño re ipsa, que aũque sea enormissimo, & æquiparatur dolo, non continet veré dolum, neque animum decipiendi; y assi *el señor Presidente Couarr. en el lib.* 2. *de las varias, cap.* 14. *num.* 3. & 4. *y Iuan Gutierrez de tutelis*, 3.*p.c.*1. *à num.* 36. que disputan esta question de la remission del dolo, hablan del proprio, que es el que dio causa al contrato, y consiste en el animo, *vt aduertit Surdus decis.* 216. *nu.* 14. *versic ego vero dicebam*, no del impropio, que incidit in contractu, & intervenit re ipsa, que aunque æquiparetur dolo, non est veré, & propriè dolus.

22 Secundo respondetur, que aun en terminos de dolo proprio, y formal, la conclusion de la ley convenire habla solo del dolo futuro, que el preterito, o el presente no tiene duda que se puede renunciar, *l. si*

*verius*

*si vnus 27. §. illud, & §. pacta, & ibi gloss. & doctor. Iohann. & Gutie-rez vbi suprà.* 

23 Tercio respondetur, que aqui no està renunciada absolutamente la excepcion, sino reseruada para el juyzio ordinario; y assi aunque confessaramos, que contiene dolo verdadero, y proprio ex proposito: y lo que es mas, aunque fuera dolo futuro, no se pudiera aplicar la conclusion de la ley conuenire, q̃ habla de renunciacion perpetua al caso de nuestra clausula; en la qual solo se capituló, que no se huuiesse de oponer esta excepcion en la via executiua, dexando al reo facultad para valerse della en el ordinario, que es lo que respõdio Gama dict. decis. 369. in fine, que defendiendo las clausulas de denegãda audientia, y de poder citar a persona, supuesta, que son muy ordinarias en Portugal opuso contra ellas vna ley de aquel Reyno, que prohibe que ninguno se pueda sujetar a la execucion de su contrato sin ser citado, de manera q̃ pueda alegar de su derecho. Y responde, que no obsta, y dà la razon, ibi: *Quia illa lex loquitur in eo qui penitus promissit omne remedium allegandi de iure sibi competens non allegare, at in præsenti solum ad tempus debitori silentium imponitur, donec pecuniam deponat, &c.* Y lo mesmo dixo *Pereyra in d. decis. 37. nu. 9.*

23 Opusose tambien a la vista del pleyto contra nuestra clausula la disposicion de la ley 11. tit. 1. lib. 4. Recop. que prohibe el juramento en los contratos, y la sumission de los legos a la jurisdicion Eclesiastica: y la razon de decidir della, que fue, que no se haga fraude a la Real, y se pretendio fundar en esta ley, y su razon de decidir, que nuestra clausula es en perjuyzio de la jurisdicion Real, y consequentemẽte nula. Sed facile respondetur, lo primero, que no estamos en los terminos de la prohibicion general desta ley, sino de su limitacion en las finales palabras della, que auiendo ordenado generalmente, que el Escriuano no pueda poner juramento en los contratos, ni clausula de sumission del deudor lego a la jurisdicion Eclesiastica, lo limita todo, ibi: *Pero permitimos, que los contratos de las rentas, que se arrendaren de las Iglesias, y Monasterios, y Prelados, y Clerigos dellas, que puedan interuenir juramentos, y ponerse en ellos censuras, si las partes lo consintieren al tiempo que se hizieren los cõtratos, &c.* Y siẽdo como es el molino, de cuya rẽta se trata en este pleyto de la Santa Yglesia desta Ciudad, y del Prelado Eclesiastico della, aũque de la clausula que vamos defendiendo resultase, como de contrario se dize, sumission de Alonso Garcia al juez Eclesiastico, no nos obstarà la prohibiciõ desta ley, antes nos ayudarà su limitaciõ.

24 Lo segundo se responde, que no se aplica bien la disposiciõ de la ley

a los terminos de la clausula, porque vna y otra son conformes a las reglas de derecho, considerando que lo que la ley prohibiò fue, que el lego siendo reo no se pueda someter al juez Eclesiastico, ni ser conuenido ante el, ibi: *Que si signare el tal Escriuano obligacion entre lego y lego por donde se someta el deudor a la jurisdicion Elesiastica, &c.* porque ello seria en perjuyzio de la jurisdiciõ Real, a qui ẽtoca el conocimiẽto de los pleytos, en que los reos son legos. Pero nuestra clausula no contrauiene a esta disposicion, antes dispone otra cosa, que es ygualmente conforme a derecho, que es que el actor aya de seguir el fuero del reo; y q̃ si Alonso Garcia en vn juyzio ordinario quisiere intentar demanda de nulidad, o de recissiõ de su contrato contra el Cabildo, por ser como es del fuero Eclesiastico, lo aya de hazer ante su juez, q̃ es el de la Yglesia; y esto no es hazer fraude a la jurisdicion Real, sino preuenir, y escusar el que Alonso Garcia intenta hazer a la Eclesiastica, poniendo por excepcion en el juyzio executiuo lo que es verdaderamente accion, pues no solo pretende, que se reuoque la execucion, que es hasta donde pudiera llegar la naturaleza de la excepcion, sino que se anule, y recinda el contrato, que es verdaderamente accion, como notò advertidamente *Parladorio in d.l.fin.5.p.* §.11. *nu.*42. que impugnando a Diego Perez, y a Azeuedo, que ponen el modo con que se ha de formar la sentencia, quando se prueua el engaño en el pleyto executiuo, los censura, ibi: *Qui in ea re quandam ineunt computationis rationem, ita incongruam, & prolixam, vt via executiua tàm malè quadret, quàm pululata vestis ad nuptias:* y la clausula que prohibe esta cautela, y fraude a la jurisdicion Eclesiastica solo trata de defenderla, y conseruarla, no empero de perjudicar en cosa alguna a la Real.

25 Y esta respuesta se esfuerça con el preuilegio de la Yglesia; que en materia de fuero es tal, que siendo ella la engañada en el cõtrato que hizo con el lego en el juyzio de la recissiõ, sienten muchos Doctores graues, q̃ refiere *Hermosilla en las notas a lo glossa* 1. *de la ley* 15. *tit.*5 *p.*5. *nu.*99. que lo podrà conuenir ante el juez Eclesiastico, aunque ella sea actora, y el reo lego. Pues quien tiene este preuilegio, como se podrà dezir, que haze fraude a la jurisdicion Real, capitulando, que si el lego, como actor la quisiere conuenir a ella, lo aya de hazer ante el juez Eclesiastico siguiendo su fuero?

26 Y a la ponderacion que se ha hecho de la prolixidad de los pleytos Eclesiasticos, se responde. Lo vno, que siguiendolo la parte con cuydado sin salir desta Ciudad, lo podrà concluyr breuemente. Lo otro, que quando contratò con el Cabildo se expuso a esta dilacion; pues sabia bien

bien que era persona Eclesiastica, y que auiendose de conocer auia de ser en su fuero; y no seria justo, que por escusarse el de vn poco de embaraço en el pleyto se faltasse a la obseruancia del pacto licito, y a las disposiciones de derecho.

27 Vltimamente se opone contra la clausula, que aũque se pudiera poner, y se huuiera de obseruar con auer contestado la Mesa la oposicion de Alonso Garcia, en que opuso esta excepcion de engaño sin protestacion, fue visto auer renunciado el pacto, y consentido, que se trate de ella en este juyzio: y que por esto, aunque no se deuiera admitir en el, admitida se ha de juzgar por ella; para lo qual se alegã muchas doctrinas, que junta *Giurba decis.14.per totam.* A que se responde, lo vno, q̃ quando la parte de la Mesa respondio a la oposicion, ya la parte cõtraria tenia hecha la mayor parte de su probança, y de quinze testigos, q̃ presentò en ella, estauan ya examinados los diez, porq̃ la respuesta fue en 22. de Iunio, y despues deste dia solo se examinaron cinco: y lo que es mas, que no pudo embaraçarlo, porque en las causas executiuas desde el dia de la oposicion corren los diez dias de la ley, y se recibe la probança del reo, sin que sea menester contestacion del actor: y auiendosele notificado la oposicion de Alonso Garcia a la parte de la Mesa en 14. de Mayo, en 17. contradixo la probança, y en 22. de Iunio respõdio a ella (como dexamos advertido suprà num. 13.) y assi no se puede dezir, que la probança se hizo en virtud del consentimiento de la Mesa, q̃ se quiere induzir de la contestacion. Lo segundo se responde concluyentemente, que las doctrinas que Giurba refiere procedẽ quando la parte mesma contesta la excepcion, y probança, que pudiera contradezir. Y la razon desta conclusion es, porque de su contestacion resultã renunciacion del pacto, o derecho que tenia para contradezirla. Pero en nuestros terminos quien se dize que la cõtestò es vn simple procurador ad lites, que assi como no pudiera el expressamente renũciar vn pacto tan importante, puesto por el Cabildo con tanto cuydado, y deliberacion, mucho menos pudo por la que llaman contestacion, de que se pretende induzir tacita renunciacion; pues es llana conclusion de derecho, que aquel a quiẽ yo no puedo perjudicar expresse, mucho menos podrè tacite, y que aquel que no tiene faculcad para enagenar, o renunciar algun derecho, tampoco la tiene para hazer, o dexar de hazer acto alguno, de que se induzga enagenacion, o renunciacion. *l. Codicilis aliàs Scebola, §. à matre, ff. de leg. 2. l. item quia, ff. de pactis, Beccius consil. 25. nu. 2. Tiraquellus de retract. linag. §. 1. gloss. 14. nu. 14. & gloss. 11. nu. 246. Surdus decis. 278. nu. 2.* de que infieren estos Doctores, y otros

 mu-

muchos que citan, que el que no puede enagenar, no puede dar oca-
sion con su omissiõ, o taciturnidad para prescrivir. Y esto es mas llano qaundo el que haze, o dexa de hazer el acto de que se pretende induzir renunciacion, es vn procurador ad lites, cuya facultad es muy limitada, y solo podra renunciar lo que expressamente le estuuiere permitido en el mandato. *l. iubemus, C. ad Belleina.* y assi ni su hecho, ni su confession puede perjudicar al dueño. *l. 1. tit. 13. part. 3.* porque solo puede seguir el pleyto conforme a los instrumentos, y derechos del mandante, y en excediẽdo desto aliud agere videtur. *l. diligenter, ff. mandati, cum vulgatis.*

28 Pero quando confessaramos a Alonso Garcia, que el procurador de la Mesa pudo con su omission, y con auer contestado la oposicion sin protestacion perjudicarle cõtra lo dispuesto y capitulado en la clausula de obligaciõ, que vamos defendiendo, no nos podrà negar el, ni sus Abogados, que contra esta omission, y perjuyzio le compete el beneficio de la restitucion, que tiene pedida en tiempo, y en forma (como advertimos sup. num. 15.) pues es cosa constante, y principio de derecho, que esta compete a la Yglesia, como al menor, y a la Republica, contra qualquiera omission, o perjuyzio, que sus procuradores, o agẽtes huuieren tenido in omittendo, vel cõmittendo, *cap. 1. c. audistis de in integrum restitut. l. 10. tit. 19. p. 6.* Sin que se puda dezir, que la renta de el molino, de que se trata en este pleyto, pertenece al señor Cardenal, a quien por sus derechos personales no le compete restituciõ; porque como dixo notabiliter *Ioannes Andreas in c. vincens de trãsactionibus,* si persona Ecclesiastica contraxit super fructibus sui beneficij, licet obligatio sit personalis si in consequentiã ex hoc cõtractu lædatur Ecclesia poterit petere restitutionẽ in integrũ, secus vbi solũ cæderetur persona quo ad fructus; y alega para esto la *glossa 2. in Clementina de in integrũ restitution. c. vnico,* & his, & alijs relatis tenet *Gregor. in d. l. 10. gloss. 1.* De manera, que para que al Prelado le cõpeta beneficio de restituciõ, basta que in consequentiã lædatur dignitas, licet obligatio de qua agitur tantum sit respectu ipsius personalis. Pero en nuestro pleyto estamos fuera de disputa, porque no solo in consequentiam, pero directè, & principaliter læditur Ecclesia ex omissione procuratoris; pues como dexamos advertido en el num. 1. este molino en propriedad es del Cabildo de la Yglesia, y de la dignidad Arçobispal; de manera que por ambas partes es fundo de la Yglesia, y el arrendamiento hecho a Alõso Garcia es por dos vidas, y el no trata solo en este pleyto de escusarse de pagar la pension, porque fue executado, sino de recindir el cõ-

trato,

trato, o dexando el molino, o reduziendo la pension a menos de la mitad, en perjuyzio del Cabildo, y de la dignidad, y sucessores en ella, cõ que la omission del procurador, de que se quiere valer, no perjudica solo a su Eminencia personalmente en los frutos que ha de percebir, sino a la dignidad, y al Cabildo en el arrendamiento todo del molino: y assi non solùm in consequentiam (que bastara) pero principaliter læderetur Ecclesia, & dignitas, ex huiusmodi omissione; si esta huuiera de perjudicar a la Mesa para este pleyto, como pretende Alonso Garcia. Con que parece que queda bien defendida nuestra clausula de lo que contra ella se opone, y bien fundado el primero articulo deste papel; pues quando la clausula no se huuiera puesto, o se huuiera legitimamẽte renunciado sin beneficio de restitucion, con que se quedarã las cosas en terminos de derecho, auiendo probanças de ambas partes en la materia de la lesion no se pudiera admitir esta excepciõ en este juyzio executiuo, vt suprà probatum est.

## ARTICVLO II.

*Fundase que la excepcion de lesion no està probada.*

29 LA Materia de probanças, que se ha de disputar en este articulo es tan arbitraria, que dixo *Beccio en el cons. 52 desde el num.* 85. que solo es concluyente la que basta para persuadir cõ quietud el animo del señor juez, porque podria suceder, que muchos testigos contestes digan cosas tan inverosimiles, q̃ no le conuença; y por el contrario puede auer tales conjecturas, y presumpciones tan eficazes, que estas sin testigos, o contra ellos lo hagan; y en este caso la probãça, que resulta de las presumpciones es la cõcluyente, y se ha de juzgar por ella, y no por la de los testigos; esto mesmo dixo despues *Iuan Gutierrez lib. 3. & 4. practicarum, q. 12. à nu. 12. & q. 96. nu. 9. & de matr. c. 44. nu. 60* y en cõcurso de probanças dixo el *tex. en el cap. licet causam de probationibus*, que se ha de estar a los testigos, *qui etiam aptiora, & vera proximiora suis testimonijs expresserunt*; y *la ley 40. del tit. 16. p. 3.* añadio, ibi: *Maguer que los otros que dixeßen en contrario fueßen mas.* Y estas conclusiones, que son generalmente ciertas, en todo genero de probanças procedẽ con mas llaneza en las que se hazen en esta materia de engaño, y lesion, porque como los testigos no dizen de cosa que se perciba por alguno de los sentidos corporeos, con que se pudiessen conuencer, sino de vn arbitrio suyo, en que puede obrar tanto la afeccion, o la nego-



ciacion,

ciacion, mas se mueue el animo de los señores juezes de las conjecturas de verosimilitud para persuadirse a la verdad, que de la muchedũbre de los testigos, como advirtio *Pinelo in l. 2. C. de recindenda, p. 3. c. 4. y vltimo num. 44.* ibi: *Vt scilicet ex ratione, & aliis adminiculis possit iudex circunspectè recidere ab eo quod testes (fortasse corrupti, vel decepti) asserunt, &c.*

Con este supuesto, y axiomas de derecho yremos discurriẽdo por las probanças, assi las que resultan de las conjecturas, y presumpciones del processo, como de los testigos de ambas partes.

30 Y lo primero pondero la calidad de los contrayentes, de la vna parte vn Cabildo Eclesiastico, que es tan poco negociador, como es notorio, y en cuyos contratos obra tan poco la maña, como se experimenta en todos los de las comunidades: y de la otra Alonso Garcia hõbre muy inteligente, solicito, y practico en semajantes arrendamientos, q̃ de 30. años a esta parte conoce este molino, y tiene noticia de la calidad del, y de lo que ganaua (como ponderamos abaxo) y que auiendo lo dexado Don Geronimo de Prado, sin nueuos pregones dẽtro de onze dias lo tomò el por el mesmo precio voluntariamente, y sin q̃ huuiesse cosa que le pudiesse obligar a arrendarlo con estos supuestos en el hecho, como es verosimil, q̃ el Cabildo engañasse, y Alonso Garcia fuesse engañado enormissimamente; siendo assi, que tanto quanto mayor se quiere hazer el engaño, tanto es mas increyble en vn hõbre tan practico en la materia, presumpcion en que se fundò la *ley 3. tit. 11. lib. 5. Recop.* para decidir, que ningun oficial pueda alegar engaño, aunq̃ sea en mas de la mitad del justo precio en las obras que tomaren de su arte a destajo, o en almoneda: la razon de decidir fue tener por inverosimil, e increyble, que estos hombres peritos en las obras de su arte seã engañados, como consta de la palabra de la ley, ibi: *Y despues alegan engaño en mas de la mitad del justo precio, siendo expertos en sus oficios:* y quando se diga, que la decision desta ley no comprehende el caso de nuestro pleyto, y se ha de limitar a los expressados en la mesma ley, vt docet ex multis *Hermosilla d. gloss. 4. l. 56. nu. 4. & 5.* por lo menos no se puede dudar, que la razon de decidir della (videlicet, que en el inteligente en el arte no se puede presumir engaño contra si) le comprehende; y con este mesmo fundamento dixeron muchos Doctores, que refiere Matienzo en la *ley 3. gloss. 1. n. 2. & 3. tit. 11. lib. 5. Recop.* q̃ los hombres sagazes, y expertos, y que circa rem versantur, no pueden oponer el remedio de la ley 2. porque no se puede presumir, ni creer, que estos se engañen.

31 Y no se podrà oponer contra este discurso la question de si el que sabe que es engañado en el contrato, podrà valerse de esta excepciõ, en que hasta Pinelo todos comunmente seguian la opinion negatiua, vt ipse refert in *l.2. 1.p.c.2 à nu.*10.& post eum *Hermosilla vbi sup. n.*78. que refieren infinitos; porque aunque reconozco que Pinelo, y otros muchos, a quien se inclina Hermosilla, sintieron lo contrario, y que la ciencia del engaño no impide el remedio de la lesion; los vnos, y los otros la suponẽ probada sin duda, y solo disputã si comprando el perito fue visto donar el excesso del justo precio: pero en nuestro caso no nos fundamos en la presumpcion de la donacion para excluyr el remedio, sino en la de la ciencia, y pericia para excluyr la prueua de la lesion, que junta esta con otras, que se ponderaràn, y con la probança de la Mesa vencen sin duda la de Alonso Garcia.

32 La segunda presumpcion, que excluye la lesion fundamos en el discurso deste arrendamiento, que referimos suprà nu.1. auiendo vacado este molino de vn arrendamieto, que auia durado mas de 50. años, el de 37. para desde 21. de Enero del se arrendò a Pedro Vazquez Rubio en 607U. marauedis, 2U428. gallinas, y durò este arrendamiento todo el dicho año; y auiendo hecho el suso dicho dexaciõ en el Cabildo del molino en 5. de Febrero de 38. el dia siguiente se bolvio a arrendar a D. Geronimo de Prado, vno de los capitulares del, en el mesmo precio, que aora le tiene Alõso Garcia: y auiendole executado la parte de la Mesa el año de 40. por vn resto de la renta, aunque se pretendio defender, no opuso lesion, sino esterilidad, por auer sido los años de 37. y 39. muy secos, y faltos de agua; y en este pleyto se aueriguó por parte del Cabildo Eclesiastico, que quando tomó en si el molino auia quien le diesse 500. ducados, porque se lo traspassara; y lo que es mas, que tãbien se los daua Alonso Garcia, y no lo quiso hazer, como aduertiremos infra num.34 por no ser el molinero, ni tener buena administracion en el molino, hizo dexacion del en 13. de Setiembre de 1640. y sin sacar a pregon en 24. del mesmo mes se le dio a Alonso Garcia. Considere V.m. aora como es verosimil, que siendo D. Geronimo Capitular del Cabildo, que arrendaua, si el molino no valiesse mas de a razõ de a 30. o 33. reales cada vn dia, como articula aora Alonso Garcia, se daria el tanta priessa en tomarlo, que sin dar lugar a que saliesse a pregon, luego el dia siguiente de la dexacion diesse por el a razon de sesẽta y quatro; y como avrà quien crea, que Alonso Garcia molinero toda su vida, que actualmente tenia arrendados otros molinos, y q̃ auia 30. años que tenia noticia deste, y de su valor, como el confiessa, y pon

deraremos infra num.34. Dio tambien tanta priessa en destruyrse, que viendo salir del molino a D.Geronimo, dentro de onze dias lo tomase el con engaño tan grande, que si fuera cierto, no era possible que lo ignorasse, y mucho menos que sabiendolo voluntariamente se sujetasse a tan grande perdida. Todo esto, señor, tiene tan grande inverosimilitud, que sin recurrir a otros medios basta para persuadir, que no huuo engaño en el arrendamiento, que el Cabildo admitiò la dexació de D. Geronimo, en virtud de tener assentado el trato con Alonso Garcia, aũque por ser hecho del Cabildo, que no litiga en este juyzio, no lo ha podido auerigaar, mas plenamente la Mesa; pues de otra manera no se huuiera alterado el estilo ordinario de sacar el molino al pregon: y vltimamente, que el auer mouido Alonso Garcia este pleyto, no es porq̃ despues que tomò el molino aya experimentado engaño en su arrendamiento, sino para lograr con la Mesa, y el Cabildo la cautela que logrò con el Conuento de Santiago.

33 Confirmasse este discurso con la resolucion de *Hermosilla en la glossa 5. de la dicha ley 56. nu. 17.* donde *ex Cagno. Barsa. Mascar. & Cephalo.* secure docet quæ ex multis instrumentis eiusdem rei, si intra breue tempus sint celebrata, & in prætio correspondeant probatur verus valor, que es doctrina biẽ ajustada a nuestro caso, pues en quatro años se hallan hechos tres arrendamientos diferentes, los dos vltimos por vn mesmo precio, que es el q̃ paga Alonso Garcia, y el otro por mucho mas. Sin que se pueda oponer, que Rubio, y D.Geronimo hizierõ dexacion del molino, y se les dio a cada vno satisfacion de 500. ducados. Porque se responde, que aunque el desistimiento destos pueda fundar presumpcion de engaño, la aceptacion de los otros tan breuemẽte la excluye, y funda la contraria: especialmente considerando, que quando tomò el molino D.Geronimo huuo muchos cudiciosos, hombres practicos, y arrẽdadores de molinos, que le ofrecian 500. ducados de traspasso, porque se lo diesse, como se probò en el pleyto, que el Cabildo siguiò con el dicho D. Geronimo, de que ay testimonio en este, y lo dixeron alli Iuan Ramos, arrendador del molino de Cerrajas, q̃ fue quien hizo el ofrecimiento de 600. ducados, y oyò, que Alonso Garcia auia ofrecido mas a folio 224. Diego Bazquez molinero a folio 230. ofrecio 600. Francisco Rodriguez molinero folio 234. B. que Alonso Garcia ofrecio 500. ducados, Hernando Alonso molinero fol. 248. q̃ el ofrecio 600. ducados de traspasso para vn primo suyo, y para Alonso Garcia. Diego de Ribera a folio 248. B. que el le ofreció vna joya de 500. ducados, porque lo traspassasse a Iuan Ramos, y Felipe de Valen-

çuela,

çuela, y otros muchos de oydas, que D. Geronimo no lo queria tras-passar, porque esperaua tener muchos aprovechamientos. Y en quãto a la satisfacion, que se dize auerles dado a Rubio, y a D. Geronimo, quando hizieron las dexaciones (como advertimos sup. nu. 1.) fue por mejoras que auian hecho en el molino; y si estuuierã engañados ellos, la auian de dar al Cabildo, porque aceptasse la dexacion: pues como es creyble, que tantos hombres practicos, que arrendaron, y tantos q̃ ofrecian guantes por el traspasso al arrendador padeciessen tan intolerable engaño en cosa de su arte?

34 Lo tercero se excluye del todo la lesion, y se prueua, que no la huuo con la cõfession del mesmo Alonso Garcia, que es la probança mas eficaz, e irrefragable que puede auer esta resulta de la deposicion, que hizo, como testigo presentado por D. Geronimo de Prado en el pleyto executiuo, que la Mesa siguió contra el; en la qual dize, que de 30. años a aquella parte tenia noticia deste molino, y sabe que hasta el de 37. inclusiué, los frutos, y aprouechamientos del han sido bastantes, no solo para pagar la renta, y sus costas, y gastos, sino que dexaua muchos aprouechamientos a sus arrendadores, porque tenia, y tuuo agua suficiente para moler las seys piedras q̃ tiene, y molian la mayor parte del año, y lo restante dos, o tres dellas: Todo lo qual dize que lo sabe por auerlo visto ser, y passar asi, como persona que acudió muy de ordinario al dicho molino; y que por el dicho tiempo tenia el molinos en diferẽtes partes, y vno en la ribera de Guadayra, donde està este. Esto dize que passò hasta al año de 37. y añade, que por auer auido en los de 38. y 39. vna esterilidad, y falta de agua general, tan grande, que de tiẽpo inmemorial a aquella parte no se auia visto, asi este molino, como los demas circunvezinos no auian podido moler, sino vna piedra con represa, por lo qual no se auia podido pagar la renta.

Esta es en substancia la declaracion de Alonso Garcia, q̃ esta puesta a la letra arriba desde el num. 4. y della resulta clara confession, de q̃ no huuo lesion en el arrendamiento, pues claramente dize, que en los años antecedentes de 30. a aquella parte auia rendido frutos bastãtes para pagar la renta, y las costas, y quedar mucho aprouechamiento a los arrendadores, hasta el año de 37. en que Pedro Bazquez Rubiò pagó 609U. marauedis, y 2U428. gallinas, y que por la insolita, e inaudita esterilidad de los años de 38. y 39. asi en este molino, como los demas no auia podido D. Geronimo pagar en ellos la renta. Pues quien dixo esto en 28. de Iulio de 40. qua fronte, dize aora, que en el arrendamiento que se le hizo a el dentro de dos meses por el mesmo precio q̃ lo tenia Don Geronimo, y por mucho menos que lo auia tenido Pe-

dro Bazquez Rubio intervino lesion enormissima.

35 Podrà responder Alonso Garcia, que la lesion se ha de considerar al tiempo del contrato. *l. si voluntate in fine. C. de recinden. vendit. l. 3. §. fin. ff de iure fisci. l. 1. tit. 11. lib. 5. Recop.* & passim DD. y que assi, aunque de su declaracion resulte confession, y probãça, de que hasta el año de 37. valia el molino de renta lo mesmo que el paga, sin embargo pudo auer lesion en el arrendamiento, que el hizo despues el de 40. Sed facile respondetur, lo vno, que la confession que resulta de su declaracion, no es solo del valor del molino hasta el año de 37. sino hasta el dia de la declaracion, que fue en 28. de Iulio de 40. porque en ella dize, que la causa de no auer valido los aprouechamientos del los años de 38. y 39. para pagar la renta, fue por la insolita esterilidad de aguas, q̃ en ellos sucedio; y que siendo años abundantes no avrà engaño, ni esterilidad, porque podràn moler todas las seis piedras la mayor parte del año, y dos, o tres el resto: y assi entonces quando se hizo la declaracion, reconoce que valia el molino de arrendamiento la renta, q̃ D. Geronimo estaua obligado a pagar por el, ser lusa sterilitate, pues el no auerla podido pagar los años de 38. y 39. no fue por ser mucha, y auer auido engaño en el arrendamiento, sino por el caso fortuyto inopinado, y tã insolito, como el pondera, de que no se deue hazer consequencia para regular el verdadero valor del arrendamiento, que auia de ser por dos vidas, en que no se pudiera dezir que se auia de continuar vn caso, q̃ Alõso Garcia confiessa, que fue tan insolito, que de tiempo inmemorial à aquella parte no se auia visto otro semejante.

36 Secundo respondetur, que aunque es assi, que para la lesion se ha de circunscribir la probança del valor al tiempo del contrato, esto no ha de ser con tanta precision, que no permita alguna latitud de algun breue tiempo, antes, o despues, especialmente en las cosas inmuebles, en que no se presume con tanta facilidad mudança del verdadero valor, por este fundamento juzgã algunos Doctores, que el testigo que dixere del valor de la cosa inmueble vn año antes, o despues de la vẽta, prueua bastantemente para la excepcion del engaño, *sic Baldus quem refert gloss. 5. in l. 2. C. de recindenda, Salicetus versic. quæro anb. de Paulo de Castro num. 4. in d. l. 2. y Alexandro cons. 133. nu. 9. lib. 1.* añadio, que no probandose accidente, que mude el valor de la cosa inmueble, no se à de presumir mudãça en el discurso de diez años, pero Hermosilla q̃ refiere a estos, y otros Doctores por esta opinion, concluye *en la gloss. 5. dict. legis 56. tit. 5. p. 5. num. 18.* que esto se deue remitir al arbitrio de los señores juezes; y conforme a esto vea V.m. si desde 18. de Iulio de

40.

40.en que declaró Alonſo Garcia, que no huuo [illegible] en el precio del arrendamiento de Don Geronimo, ſino eſterilidad de los dos años antecedentes, haſta 24. de Setiembre del meſmo año, en que lo arrendò el por el meſmo precio pudo auer accidente, o ſi eſtà probado que lo huuo, que cauſaſe tan graue mudança en el valor del arrendamiento, que lo baxaſſe de 64. reales haſta 30. que aora ſe articula: no ſolo en tiempo tan breue, pero ni aun en dos años pudo auer accidente para tan grande mudança, y el que refieren los teſtigos de Alonſo Garcia, demas que conforme a ſu declaracion ya auia ſucedido mucho antes, ſe probarà que es incierto infra num. 42.

37 Lo ſegundo, que pudiera dezir Alonſo Garcia cõtra ſu declaraciõ, y contra la probança que della reſulta, es que fue hecha en pleyto diferente entre diferentes partes, y aliud agens; y aſsi no le puede perjudicar en eſte pleyto eſta queſtion; *vtrùm ſcilicet ex confeſsione, quam quis facit productus in teſtem poſsit in alio inditio tanquam principalis condemnari?* eſtà tocada en terminos por muchos Doctores antiguos, y modernos, *Aluaro Velaſco en la conſultacion* 33. dize, que ſucedio el caſo en el Senado de Portugal, porque litigando Ticio con Seyo ſobre cien ducados, que dezia le auia preſtado, en eſte pleyto preſentò Ticio por teſtigo a Sempronio, el qual dixo, que Ticio le auia dado a el ciento, para que ſe los dieſſe a Seyo, a quien ſe los preſtaua, y ſe los auia dado cõ efeto, fue abſuelto Seyo, ex defectu probationis. Y Ticio en pleyto a parte convenia a Sempronio, y pretendia, que en virtud de la confeſſion, o declaracion, que auia hecho en el primer pleyto, auia de ſer cõdenado en el ſegundo. El Senado juzgó, que no era baſtante probãça eſta declaracion ſola, renuente ipſo Velaſco, que dize fue de contrario parecer, y funda doctamente el ſuyo, reſpondiendo a los fundamẽtos de ſus compañeros, y en particular al principal de la concluſion, y regla del texto en el *cap. inter dilectos de fide inſtrumentorum, l. 1. & toto tit. C. res inter alios acta, &c.* Satisfaze, que eſto procede en todos los demas generos de probanças, pero no en la confeſsion, cuya preeminencia es, que el confieſſo en vn juyzio in omnibus pro iudicato habeatur; eſpecialmente ſiendo la confeſsion jurada, y hecha calore iuditij, q̃ en eſte caſo ipſe *Velaſcus num. 3. & Surdus vbi infra nu.* 15. aſsientã, quod talis declaratio, ſeu confeſsio non eſt dubitandum quin probet. En el Senado de Mantua ocurrió el meſmo caſo, y lo refiere Surdo en la deciſ. 309. que ſiguiẽdo pleyto los Eſtiuiuis Ariminẽſes contra el heredero de Franciſco Eſtiuiuis Mantuano, eſte preſentò en el por teſtigo a Laura, muger de Franciſco, que auia ſido inſtituyda por ſu vſufru-

[...]ando de parte de los bienes, y declarò la quantidad, y valor de los bienes muebles, que auian quedado de su marido; despues el heredero de Francisco mouió pleyto al heredero de Laura, que ya era muerta, pidiendole los bienes muebles de Francisco, y dezia, que la cantidad, y valor dellos la tenia probada con la declaraciō de Laura, hecha como testigo en el primer pleyto, sin que tuuiesse necessidad de otra probança; y huuo en el Senado varios pareceres, que refiere Surdo, poniendo seis fundamentos por la parte negatiua, y ocho por la afirmatiua; por los quales juzgò el Senado, condenando al heredero de Laura a q̄ restituyesse los bienes muebles, o el valor dellos, que Laura auia declarado en el primer pleyto. Y no embaraçaré a V.m. en examinar los fundamentos desta decission, por no repetir lo que se podrà ver en Surdo y en Velasco; pero solo advierto, que la duda en estos pleitos, que obligò a diferentes sentimientos entre los Senadores, fue si la declaracion del testigo en otro pleyto sin mas adminiculos es bastante para condenarle; y en estos terminos es disputable la question, y mas bien fundada la parte afirmatiua; pero quando con la declaracion concurren otros adminiculos de verosimilitud no ay question; y assi añadió *Surdo en el num. 16. Cum vero in hanc partem æquitati magis quam rationi cōsonam maior pars inclinaret, visum omnibus fuit rem claram esse in fauorem actoris, quia confessio dominæ Lauræ alijs coniecturis, & probationibus reperiebatur confirmata respectu existentiæ mobilium, quo casu opinio Rotæ est tenenda sine controuersia.* Con que podremos dezir, que en nuestro pleyto no puede aver duda, ni disputa, y sin controversia se excluye la lesion, que Alonso Garcia pretende con su mesma confession, pues quando ella sola no bastara (como afirman los que mejor sientē) se halla comprobada con las conjecturas, que quedan referidas, y con las probanças de la Mesa, que son mas concluyentes que las de Alonso Garcia, vt ex iam dicendis apparebit.

38 Ya emos llegado al vltimo punto de nuestro papel, que es hazer balance de las probanças de testigos de ambas partes, Alonso Garcia presentó ante el ordinario quinze, que casi todos dizen, que son molineros, porque aunque en las preguntas añadidas examinò cinco, los quatro dellos son de los que auian dicho en la probança principal, y el otro es Don Geronimo de Prado, el mesmo que auia hecho dexaciō del molino quando entró en el Alonso Garcia, de quien no se deue hazer caso, porque quando dixo, que fue en 2. de Otubre de 41. a fol. 123. seguia el mesmo pleyto con la Mesa, que no se compuso hasta Nouiēbre del mesmo año, como cōsta del testimonio a folio 160. y de la certifi-

tificacion del Contador, fol.185.B. La Mesa presentó diez, que los siete dellos son panaderos, y en la instácia de revista desta Real Audiécia, presentò Alonso Garcia otros seis testigos, tãbien molineros; y la Mesa no hizo probança, pero presentó la que el Cabildo auia hecho en el pleyto con D. Geronimo de Prado, en que dixeron diez testigos, casi todos arrẽdadores de molinos, y panaderos, que los años de 38. y 39. no auia auido esterilidad, ni ellos, ni ninguno de los arrendadores la auian pedido, y que el molino valia bien la cantidad en que estaua arrendado, y los aprouechamientos rinden bastantemente para pagarla dando razon por menor de las piedras que molian de invierno, y de verano, de los costales que muele cada vna, y de lo que paga por cada costal, y tiene de costa el molino, y que D. Geronimo por no ser practico no tenia buena administracion.

39 Con esto aunque la probança en numero de testigos, es ygual en la calidad dellos podremos dezir, que es superior la de la Mesa, porque los presentados por Alonso Garcia son vnos pobres jornaleros, que por vn jornal sirven en los molinos, y quien duda que seràn de los que el mesmo ocupa en vn molino, que tiene en la ribera de Guadayra, como consta de su declaracion, y otros dos del Conuento de Santiago de la Espada en el Rio de Guadalquiuir, que ya porque actualmente le siruen, o ya porque avràn menester seruirle mañana son dependientes del, y gente de pocas obligaciones; los de la Mesa son algunos molineros, que respeto de ella son totalmente independientes, otros panaderos, que junto con ser los mas desapassionados, son muy inteligentes, y los del testimonio arrendadores de otros molinos, que son los mas calificados, en particular para dezir en fauor de la Mesa, con quien no pueden tener respeto, ni afeccion particular.

40 A la vista se dixo por el Abogado contrario, que los testigos deste testimonio no pueden aprouechar a la Mesa, por no auerse examinado en este juyzio; y que conforme a la doctrina vulgar, a quien no aprouecha, ni daña la sentencia de vn juyzio, respeto de otro tampoco pueden aprouechar, ni perjudicar las probanças, ni demas autos del. A que se satisfaze, que aunque es assi, que esta probança por si sola no fuera concluyente en este pleyto, por ser hecha entre diferentes partes, por lo menos para informar el animo de los señores juezes, y esforçar, y calificar las demas presumpciones, y probanças de este pleyto son muy eficazes, como advirtiò *la glossa en la l. 2. C. de edendo, Bart. ibi num. 2. Baldo, Saliceto, Angelo, Decio, y otros en la*



*mes-*

*mesma ley*, que dizen, que las probanças de vn pleyto hazen en otro, y entre diferentes partes aliqualem præsumptionem, que como diximos arriba num. 28. junto con otras bastan in cibilibus para persuadir el animo de los señores juezes, y constituyr plena probança. Maximè en materia de lesion, y de probar el valor de la cosa inmueble, en que conuienen infinitos Doctores, que refiere *Hermosilla glossa 6. dict. legis 56. num.* 74. que el juez podrà despues de la conclusion del pleyto informarse extrajudicialmente del verdadero valor de la cosa, y valerse para aueriguar la verdad de qualesquiera otros medios, etiam ad extra del pleyto, quanto ergo potiori iure, se deue juntar esta probança de testigos tan calificados con las del plepto, para que V. m. de todas informe, y persuada su animo.

41 Pero demos que sean yguales las probanças tambien en la calidad de los testigos, imò que sea superior en numero la de Alonso Garcia, sin embargo conforme a reglas claras de derecho se ha de preferir la de la Mesa, porque demas de lo que dexamos assentado, suprà nu. 28. *ex cap. licet causam de probationibus, & ex l. 40. tit.* 16 *part.* 3. aora añado, que el dicho del testigo se regula por la razon que dà; y assi si ratio nó concludit, nec dictum concludet iuxta notata per Innocent. *in cap. cum causam de testibus, Doctores communiter in l. solam, C. de probationibus, Bart. Corneo, Rimin. Alexand.* y otros muchos que refiere *Mascardo conclusione* 1375. *num.* 58. de que infiere en el 61. que se ha de creer mas al testigo que dà mejor razon, y cita otros muchos para esta ampliacion, y esta doctrina es mas precissa en las probanças de la lesion, y del verdadero valor de las cosas, porque este no se percibe por los sentidos corporeos, sino que se alcança por el discurso, & per consideratam, & diligẽtem excogitationẽ, & rationem, de que infieren los Doctores, que en estas materias el testigo tiene obligacion de dar la razon de lo que dize, aunque no se la pregunten; para lo qual junta *Graciano disceptacion* 461. mas de treynta Autores, y despues de el otros muchos *Hermosilla vbi suprà num.* 61. y añade *en el* 62. que aunque dé la razon el testigo si la que dà no es buena no prueua, quia paria sunt rationem non reddere, vel non reddere bonam, & sufficientem, maximè en las cosas donde es menester para hazer juyzio del valor considerar los frutos, los aprouechamientos, y otras cosas, como en los fundos, y edificios, y otras cosas inmuebles, en que dize en el *num.* 63. que es mas precissa esta doctrina.

42 His ergo in iure præmissis, veamos las razones que dàn los testigos de vna, y otra parte, y quales son mejores, y mas ciertas, que de

esto

esto resultarà ver qual de las dos probanças es mas concluyente. En el interrogatorio principal a fojas 94. se articula en vna mesma pregunta por Alonso Garcia, que el molino no vale de renta de por vida mas de hasta treynta, o treynta y tres reales. Y las razones que se dàn en la pregunta son. La primera, que las dos piedras son baças, y ordinariamente no tienen molienda; y en el interrogatorio añadido se dà la razon, diziendo, que es, porque à cessado la fabrica del vizcocho. La segunda, porque con qualquiera agua se inunda en tiempo de invierno, y para desasolvarlo son menester 500. ducados; y en el añadido se añade, que no puede moler sino es teniendo moderada agua, y el verano alcança muy poca agua, de suerte que no puede moler. La tercera, porque faltando la molienda en alguna temporada, acude la gente a otra parte, y no buelve. La quarta, porque ay poca molienda por la falta de gente; en la añadida, porque se han hecho atahonas en el Axarafe. La quinta, porque acude muy poca a este molino, por estar muy distante de esta Ciudad, y por la falta de caualgaduras. La sexta, porque muele este molino vn real menos; y en el interrogatorio añadido a fojas 119. articula, que el molino tiene de costa en cada vn dia treynta reales, y mas, sin dezir por menor en que: estas son las razones que se articularon, y las que dàn los testigos para afirmar, que en el arrendamiento huuo lesion enormissima; pero aunque se multiplicaron muchas, que todas son falsas, e inciertas, ninguna es concluyente; porque todas contienen generalidades, y no se dize como deuiera (y como tiene probado la Mesa) con particularidad quãtos costales muele cada dia el molino, quanto paga cada vno de inuierno, y de verano, y que costas tiene la molienda por menor, y de que. Y por el contrario la Mesa cõ mucha particularidad tiene articulado, y probado concluyentemente, que de invierno muelen corrientemente todas seys piedras, y de verano dos, quantos costales muele cada vna, quanto se paga de cada vno, quanto tiene de costa cada dia de invierno, y de verano, diziendo la gente que ha menester, y todo lo demas con particularidad, y deste computo del aprouechamiento, y del gasto sacan con certeza, que no ay lesion, sino que demas de la renta, costas, y gastos le sobran al arrendador muchos aprouechamientos; y que esta raciocinacion, y discurso de los testigos de la Mesa sea mejor, y mas concluyente para la probança de la lesion, no se puede dudar assi, porque es especial, y concluye per necesse: y las de Alonso Garcia son generales, y no concluyen para el articulo del valor, pues pudieran ser ciertas, y serlo tambien, que no huuo lesion en

el arrendamiento, como porque no solo en los contratos del arrendamiento, donde corresponden los frutos a la pension; pero aun en el de la venta darà buena razon el testigo, si dixere que deste fundo se perciben tantos frutos cada año, y el fundo que rinde tantos frutos vale tanto precio, vt ex *Mascardo, Matienzo, & alijs docet Hermosilla d. glossa 6. num. 66.*

43 No solo son mejores las razones de la Mesa, pero estas son ciertas, y las de Alonso Garcia son inciertas, y se conuencen manifiestamente de los autos. La primera, que es dezir, que las dos piedras son baças, y no tienen molienda, bien se vè el poco fundamento que tiene, pues dezir que ha cessado la fabrica del vizcocho, es euidentemẽte incierto, supuesto, que no ay aora menos despacho de Flotas, Galeones, y Armadas; que son las que gastan el vizcocho, y quando faltara la fabrica del, supuesto que la molienda de las piedras baças sirue tambien para el pan basto, que se gasta en las labores del campo, y gente pobre; como se puede dezir, que ha faltado la molienda a las piedras baças mientras no falta la labor, y el gasto de la gente pobre.

44 La segunda razon, que es dezir, q̃ para moler de invierno este molino es menester que aya moderada agua, porque con qualquiera se anega. Se responde lo vno, que demas de ser general, y que no concluye, es vniuersal para todos los años, y assi no se puede aplicar particularmente al arrendamiento de Alõso Garcia, auiendo auido otros muchos del mesmo, y mas precio antes del, en que nunca se ha alegado semejante lesion. Lo otro, que es euidentemente falsa, y se cõuence con la mesma confession de Alonso Garcia (referida suprà nu. 4.) donde dize, que de treynta años a aquella parte auia tenido grandes aprouechamientos, porque tuuo agua suficiente para moler todas seys piedras la mayor parte del año, y el resto dos, o tres. Y en el num. 7. donde dize, que para poder pagar los dos mil ducados, que importa la renta de este molino, es menester que los años sean abundantes de aguas, para que puedan moler todas seis piedras: de manera que el dezir aora, que es menester que el agua sea moderada, y que siendo con abundancia se inunda, y no puede moler, es encontrar a sus testigos, que dixeron lo que el les ordenò con su mesma confession.

45 La tercera razon que dàn es, porque faltando la molienda en alguna temporada, se acomoda la gente en otros molinos, y no buelven a este. Y a se vè el poco fundamento de esta razon, pues demas de que el pa-

el panadero siempre va donde halla mas comodidad, y convenencia, en este molino no ay razon para que falte la molienda, que no sea general, y comun para todos: y assi quando falta, o sobra en el el agua, de manera, que por esto no pueda moler, tampoco moleran los otros; y vltimamente este achaque quando fuesse cierto, no sobrevino al molino quando lo arrendò Alonso Garcia, perpetuo es precisso q̃ fuesse; y sin embargo dize el en su declaracion, que de treynta años a esta parte nunca le ha faltado molienda para poder pagar la renta, y la costa, y sobrar muchos aprouechamientos al arrendador.

46 La quarta de la falta de gente, y nueuas atahonas, que se han hecho en los lugares del Axarafe, comunes son a todos los molinos, y proceden mucho menos en este q̃ en los demas, por lo q̃ se dirà en el numero siguiẽte; y lo de las atahonas de los lugares del Axarafe es inuencion, porque siempre las ha auido, y nunca ha venido a los molinos de Guadayra molienda de los lugares del Axarafe.

47 La quinta razon es dezir, que tiene poca molienda este molino, porque està muy lexos, y distante desta Ciudad: y es cierto, que para conocer la calidad de los testigos, y el caso que se puede, y deue hazer dellos en todo lo demas, y la fee de quien los presenta, no es menester mas argumento, que ver la ceguedad con que todos hablan en este articulo; siendo assi, que no solo està probado con todos los testigos de la Mesa, que el molino apenas està media legua desta Ciudad, y que es el primero, y mas cercano a ella, pero que lo confessò assi Alonso Garcia a la vista del pleyto, y en cosas de esta calidad no es menester probança, pues podràn V.mds. informarse de la verdad, para hazer valance de ambas probanças, y calificar la ossadia de la parte, y de los testigos, en cosa que està tan facil de conuencer con la euidencia del hecho.

48 La sexta y vltima razon para fundar la lesion, es dezir, que en este molino se muele vn real menos, que en los demas: y tambien es muy digno de ponderacion la ceguedad con que en esto proceden, porque siendo hecho constante, que este molino es el mas cercano a esta Ciudad, si juntamente muele vn real menos, como se podrà dezir que tiene falta de molienda, y que se van los panaderos a otros? pregunto yo, tan enemigos son estos de su dinero, y de su comodidad, que por dar vn real mas en otro molino, caminaran vna legua, o media mas? no es esto totalmente inverosimil. Y si es verdad, que es

mas barata la molienda en este molino; es precisso que esté mas aparrochiado, que todos, assi por el barato, como por la cercania; con que se desvanecen todas las demas razones de Alonso Garcia, y su intento.

49 Bien fundado parece que queda, que las razones que dàn los testigos de Alonso Garcia, de mas de ser generales, y que no concluyen per necesse el intento, son todas inciertas. Aora nos resta fundar, y calificar las que dàn los testigos de la Mesa; en la segunda pregunta se articula, que nunca le falta molienda para todo quanto puede moler el molino, y lo dizen assi los testigos, dando por razon, que es el mas cercano, y de mejor sitio que ay en la ribera: esta razon ya dexamos probado que es cierta, y no se puede dudar, que es concluyente por la ponderacion, que queda referida en la 3. y 4. y 5. pregunta, donde dizen los testigos, que de invierno muelen todas seys piedras, y cada vna en veynte y quatro horas a razon de cinco costales, que entre todas son treynta, y cada vno paga cinco a seys reales, que son 180. reales poco mas, o menos, y en tiempo de verano muelen dos piedras, y entre ambas catorze costales, que se pagan a razon de onze reales, que importan mas de ciento y sesenta; y que tienen de costa de invierno vn maestro, que gana ocho reales cada dia, y tres oficiales a razon de a quatro, y de picaderas, y azeyte tendra de costa seys reales, que todos son veynte y seys: y en tiempo de verano no es menester mas de vn maestro, y vn oficial, que con los otros gastos son diez y ocho. Y desto concluyen en la sexta pregunta, que no huuo lesion en el arrendamiento; no puede ser la razon mas concluyente, y eficaz, y en quanto a la certeza della consta del processo, porque la diferencia de los precios de invierno a verano la confiessa el mesmo Alonso Garcia en la declaracion, que queda referida, pues en la segunda pregunta suprà num. 4. dize, que de treynta años a aquella parte hasta el de treynta y siete auian molido de invierno todas seys piedras, y de verano las dos, o tres: y en vna de las añadidas (suprà nu. 8.) dixo que de invierno se molia a razon de a seys reales el costal, y de verano de nueue a diez. Y todos los testigos de la Mesa concluyen, que aunque quando ay falta de agua se muele menos, con la subida del precio, y con lo que se ahorra de la costa, vienen a ser los mesmos aprouechamientos poco mas a menos de invierno, y de verano; y que de invierno muelen todas seys piedras, lo dizen todos los testitigos de la Mesa, que las han visto moler; y añaden los del testimonio

nio

nio presentado, por razon desta verdad, que este molino està en la madre de Guadayra, con que no se le pierde agua ninguna. Y en la segunda pregunta por esta, y otras razones concluyen, que es el mejor de quantos ay en la ribera. Y tambien lo comprueua el mesmo hecho, pues si de invierno si quiera no pudieran moler todas no se conservaran. Y vltimamente entre otras razones, que dàn para excluyr la lesion, es dezir, que por estar el molino tan cerca los dueños lleuan el trigo a el, y buelven la harina, con que el arrendador escusa de gasto de las caualgaduras para acarrear, que en los otros molinos es muy costoso. Con que parece que procede con llaneza nuestra proposicion, que las razones que dàn los testigos de la Mesa son mas ciertas, y mas concluyentes, que las que dàn los de Alonso Garcia, y consequentemente, que nuestra probança es muy superior, aũque excediera la otra en numero de testigos.

50 A la vista del pleyto hizo ponderacion el Relator, que cinco testigos de la Mesa, que estàn desde folio 79. dizen, que aunque no saben en que precio tiene arrendado Alonso Garcio el molino, les parece que los aprovechamientos son bastantes para pagar la renta, y quedar muy aprouechados los arrendadores. Esto es, señor, lo que reprehendian comunmente los Doctores, que refiere *Genua decis. 3. n. 24. y Velasco consult. 43. num. 22. Farin. de testibus, quæst. 68. num. 43.* diziendo, que *dicta testium non sunt cabilanda set adimbanda*; porque verdaderamente esta es calumnia, y cabilacion, que injustamente se hizo a estos testigos, leyendo solamente algunos renglones de la pregunta sexta, y omitiendo lo que auian dicho en las antecedentes, con que se reconoce lo que quisieron dezir en esta; y que lo que dixeron es la verdad, dexan dicho en la tercera, quarta y quinta pregunta, que el molino rinde de aprouechamientos cada dia ciento y ochenta, o ciento y cinquenta reales, y que tiene costa de diez y ocho a veynte reales; y despues leenle la pregũta sexta, en que se articula, *Si saben que por las razones contenidas en las antecedentes por Setiembre, en que se le arrendò a Alonso Garcia el molino, valia a razon de a sesenta y quatro reales en cada vn dia, y que no solo saneaua la renta, pero le quedauan a razon de a sesenta reales de aprouechamientos libres en cada vn dia.* Y a esta pregunta responden, *Que dize lo que dicho tiene en las preguntas antes de esta; y que aunque no sabe en que cantidad, ni porque tiempo tiene arrendado Alonso Garcia el molino, tiene para si por cosa cierta, y sin duda, que podrà pagar la renta, costos, y gastos del, y quedar con mucho*

*aprouechamiento.* Leydo este testigo enteramente, y lo que contiene la pregunta, no es cierto lo que dize, y claro lo que quiere dezir? Dize que no sabe de cierto el precio del arrendamiento; pero que el que contiene la pregunta lo podrà pagar muy bien, y le sobraràn aprouechamientos; no es doctrina assentada, que las palabras del testigo se han de entender, y declarar, y aun suplir conforme a las del interrogatorio por donde es examinado, vt ex *Velasco, Ceuallos, Pinelo, Matienzo, & Azevedo, docet Hermosilla dict. glossa 6. num. 69.* Pues si en el interrogatorio se dize, que la renta es de sesenta y quatro reales, que encuentro, o dissonancia tiene el testigo, que dize, que la podrà pagar, aunque no sabe (scilicet con certeza) si es esta cantidad la que paga? La verdad es, que fue propriamente calumnia del Relator; y assi aunque Alonso Garcia tiene en el pleyto dos Abogados, ninguno por escrito, ni de palabra ha hecho semejante reparo; porque como tan grandes Letrados saben muy bien, que demas de la doctrina de hermosilla, que queda referida, es llano en derecho, que los testigos, vt probent, se han de leer sinceramente, de manera, que si fuere menester se suplan palabras; y lo que es mas, que se impropien, *Genua, Velasco, & Farinatius vbi suprà num. 45. & 49.* Y en nuestro caso, ni auemos menester suplir, ni impropriar las palabras de los testigos, sino leerlas con sencillez, y entenderlas como se deuen entender, conforme a las del interrogatorio, a que responden.

51 Como quiera que es muy ociosa la conclusion de los testigos en esta pregunta, pues aueriguado en las antecedentes lo que importauan cada dia los aprouechamientos, y las costas, el hazer despues la quenta, y computo con la renta, para ajustar si huuo, o no engaño, no es menester que la haga el testigo, que al juez le toca.

52 Tambien alegó el Abogado contrario a la vista la doctrina de *Pinelo in l. 2. C. de recind. vendit. 3. part. cap. fin. num. 43. Matienzo in l. 1. gloss. 2. & 3. num. 52. tit. 11. lib. 5. Gutierrez lib. 2. practic. quæst. 39 nu fin.* que dizen, que en materias de lesion en ygualdad de probanças se ha de preferir la del actor, que pretende la recisson. A q̃ se responde, lo vno, que esta doctrina no es cierta, y lo contrario sienten *Parlad. in sexquicent. quæst. 9 num. 8. Anton. Fabro diff. 64. tit. 14. de probationibus, Mascard. de probat. concl. 1174. num. 44.* y a la verdad la razon de Pinelo, y los demas, videlicet, que al actor no se le haze agrauio en que se le buelva la cosa que vendio, y el reo recibe beneficio en escusar la lesion que alega, es muy vana, pues con

el

el descredito del pleyto, y de la sentencia no hallarà a quien venderla, sino es por la mitad menos; y assi està equidad en que se funda la opinion contraria, antes es conocida iniquidad, y insuficiente para apartarse por ella de la conclusion textual *del cap. cum sunt, de regulis iuris in 6.* que generalmente decide, que en ygualdad de derechos ha de ser absuelto el reo, y de la *ley 40. tit. 16. part. 3.* que mas en particular decide lo mesmo en ygualdad de probanças. Lo otro, que aquella doctrina procede en el juyzio ordinario, en que el que pide la recission es actor, no en el executiuo, porque como diximos arriba num.16. en este para excluyr la excepcion de lesion, basta que aya probanças encontradas, sin que se llegue a hazer valance de ellas. Lo otro, que aun quando estuuieramos en juyzio ordina*rio*, no estamos en terminos de ygualdad de probanças, porque como auemos fundado en este 2. articulo, la de la Mesa es superior en la calidad de los testigos, en que los suyos dizen aptiora, & vero proximiora, como dixo el texto *en el c. licet causam de probationibus*, en que dizen con mas particularidad de los aprouechamientos, y de las costas del molino, en que dàn mejores, y mas ciertas razones de sus dichos: y vltimamente en que a esta probança assiste la presumpciō de derecho, que siempre supone ygualdad en los contratos, y que precio de la venta fue justo, *Cuman. in l. si fundus in fine principij, ff. de rebus eorum, l. quod si minor 25. §. non semper, ff. de min. Bald. Salicetus in l. per diuersas, C. mandati, quos sequitur Fabra de Monte. de emption. q. 8. ad finem, num. 25. Pinelo vbi suprà, & passim DD.* Y en que està coadjubada con la confession de Alonso Garcia, que sola bastara, con la calidad de la persona, que no es verosimil, que tenien do tanta noticia del molino, y del pleyto, que seguia Don Geronimo, en que el fue testigo tomasse el molino, si en el arrendamiento huuiesse tan grande lesion, como aora alega; y vltimamente con tres arrendamientos hechos en tan breue tiempo: presumpciones, que cada vna bastara para preferir a la probança contraria, que esta desnuda de otros fundamentos, y de verosimilitud.

53 Et pro coronide advierto, que como dexamos assentado sup. nu. 1. la Mesa no tiene mas derecho, que para cobrar la mitad de la renta de este molino, porque la administracion del toca al Cabildo, que no ha litigado en este pleyto; y assi no està bien sustanciado, para en quanto a la recission del contrato que se pide, supuesto, que aunque la Mesa quiera no podrà eligir recindir la escritura, y dar por libre a



Alon-

Alonso Garcia della, porque esto se ha de litigar con el Cabildo, que la hizo, y a quien toca el bolver a arrendar, o administrar el molino. Sin que se pueda dezir, que fue citado para la informacion de la lesiõ, porque demas de que respondio, que no se pudo hazer la citacion, ni el ser convenido, ni obligado a litigar ante el juez seglar, sobre que se reservò la determinaciõ para la difinitiua, y no se ha determinado nada, quando el Cabildo no huuiera hecho esta preuencion, lo mas que pudiera obrar la citacion fuera, que la informacion hecha en virtud della aproueche a Alonso Garcia en el pleyto que se siguiere con el Cabildo sobre la recisſion; no empero para que en este pueda salir juzgada, ni se pueda tratar mas q̃ de la paga de la parte de la renta, que toca a la Mesa, en que assi por no poderse admitir la excepcion de la lesion, que se ha puesto en la via executiua, como por no estar probada, es precisso que se confirme la sentencia de vista, & ita fieri speramus.